

ACUERDO DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATACIÓN PÚBLICA DE LA COMUNIDAD DE MADRID

En Madrid, a 19 de diciembre de 2019.

VISTO el recurso especial en materia de contratación interpuesto la representación de CSL Behring (en adelante, CSL), contra el anuncio de licitación y los pliegos de condiciones que regirán la adjudicación del contrato de suministro de “productos hemoderivados de uso terapéutico procedentes del fraccionamiento industrial del plasma proveniente del Servicio Madrileño de Salud”, número de expediente A/SUM-012559/2019 este Tribunal ha adoptado la siguiente

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- Mediante anuncios publicados en el DOUE en el Portal de la Contratación Pública de la Comunidad de Madrid y en el BOCM los días 29, 30 y 31 de octubre de 2019 respectivamente, se convocó la licitación del contrato de referencia mediante procedimiento abierto con único de criterio de adjudicación y sin división en lotes pero si en 6 números de orden.

El valor estimado de contrato asciende a 68.086.400 euros y su plazo de duración será de cuatro años con posibilidad de uno más de prórroga.

A la presente licitación se ha presentado un solo licitador que no es el recurrente.

Segundo.- Interesa destacar a los efectos de resolver el presente recurso el objeto del contrato en controversia y que según el apartado 1 de la cláusula primera del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares (en adelante, PCAP) es:

“1. Definición del objeto del contrato:

Este contrato tiene por objeto el suministro de productos hemoderivados de uso terapéutico, procedentes del fraccionamiento industrial del plasma obtenido de donaciones altruistas provenientes del Servicio Madrileño de Salud, que serán suministrados a todos hospitales dependientes del SERMAS relacionados en el artículo 2 “Modificación del Decreto 196/2015, de 4 de agosto, del Consejo de Gobierno”, en su punto 13; apartado 1.b) Atención Hospitalaria y apartado 2: Entes y Empresas Públicas dependientes del Servicio Madrileño de Salud del Decreto 125/2017, de 17 de octubre, del Consejo de Gobierno, por el que se modifica el Decreto 195/2015, de 4 de agosto, del Consejo de Gobierno por el que se establece la estructura orgánica de la Consejería de Sanidad y el Decreto 196/2015 de 4 de agosto, del Consejo de Gobierno, por el que se establece la estructura orgánica del Servicio Madrileño de Salud. (BOCM 19 de octubre de 2017), excepto la Unidad Central de Radiodiagnóstico y el Centro de Transfusiones, de acuerdo con los requisitos y especificaciones que se establecen en el pliego de prescripciones técnicas particulares.

Código CPV: 33600000-6 Productos Farmacéuticos.

División en lotes: No. Lote único con seis números de orden.

Las empresas tendrán la obligación de presentarse con todas las presentaciones de cada número de orden que tengan autorización para fabricar a partir del plasma nacional y estén comercializadas.

El incumplimiento de esta obligación será causa de exclusión de la empresa licitadora”.

Asimismo interesa destacar apartado 3.1.2 de la cláusula 3 de Pliego de Prescripciones Técnicas

“3.1.2.- LA EMPRESA ADJUDICATARIA:

La empresa adjudicataria deberá disponer de una planta de fraccionamiento debidamente autorizada y tener inscritos en el Registro de Medicamentos de la Agencia Española de Medicamentos, los formatos que oferten y tengan autorización de comercialización, código nacional y fijación de precios para los mismos, debiendo la empresa licitadora cumplir estrictamente las disposiciones legales establecidas en cuanto a controles de fabricación de productos derivados del plasma humano, conservación y normativa vigente”.

Tercero.- El 20 de noviembre de 2019 tuvo entrada en este Tribunal el recurso especial en materia de contratación, formulado por la representación de CSL en el que pretende la nulidad de los pliegos de condiciones que rigen esta contratación basándolo en diversos motivos cuyo fundamento se estudiara posteriormente.

El 5 de diciembre de 2019 el órgano de contratación remitió el expediente de contratación y el informe a que se refiere el artículo 56.2 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transpone al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014 (en adelante, LCSP).

Cuarto.- La tramitación del expediente de contratación se encuentra suspendida por Acuerdo de este Tribunal de fecha 25 de noviembre de 2019.

Quinto.- La Secretaría del Tribunal dio traslado del recurso al único licitador en este procedimiento, en cumplimiento de la previsión contenida en el artículo 56.3 de la

LCSP, concediéndoles un plazo, de cinco días hábiles, para formular alegaciones. Finalizado el plazo Grifols, única licitadora no ha presentado escrito alguno.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.- De conformidad con lo establecido en el artículo 46.1 de la LCSP y el artículo 3 de la Ley 9/2010, de 23 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y Racionalización del Sector Público, corresponde a este Tribunal la competencia para resolver el presente recurso.

Segundo.- El recurso ha sido interpuesto por persona legitimada para ello, al tratarse de una persona jurídica potencial licitadora, *“cuyos derechos e intereses legítimos individuales o colectivos se hayan visto perjudicados o puedan resultar afectados de manera directa o indirectamente por las decisiones objeto del recurso”* (Artículo 48 de la LCSP).

Asimismo se acredita la representación del firmante del recurso.

Tercero.- El recurso especial se planteó en tiempo y forma, pues los pliegos de condiciones recurridos fueron puestos a disposición de los licitadores el día 30 de octubre de 2019 e interpuesto el recurso, en este Tribunal el día 20 de noviembre de 2019, dentro del plazo de quince días hábiles, de conformidad con el artículo 50.1 de la LCSP.

Cuarto.- El recurso se interpuso contra el anuncio de licitación y los pliegos de condiciones, en el marco de un contrato de suministro cuyo valor estimado es superior a 100.000 euros. El acto es recurrible, de acuerdo con el artículo 44.1.a) y 2.a) de la LCSP.

Quinto.- Antes de pasar a analizar los distintos motivos de recurso, este Tribunal ha creído conveniente aclarar distintos conceptos técnicos que son utilizados tanto por el

órgano de contratación como por el recurrente y no siempre con el mismo sentido y significado.

Concretamente los siguientes:

- ¿Es imprescindible que la planta fraccionadora del plasma deba estar radicada en España por imposibilidad legal de que el plasma salga de nuestro país?
- Debemos entender que la Agencia Europea del Medicamento (EMA) es un órgano supranacional que complementa a los registros de los países miembros de la unión.
- ¿Para autorizar el registro y posterior uso de un medicamento hemoderivado es determinante el origen del plasma utilizado?

Estas cuestiones han sido aclaradas por personal técnico especialmente cualificado de la AEMPS llegando a las siguientes conclusiones:

La EMA es un registro de medicamentos que garantiza la utilización de éstos en todos los países de la Unión Europea. Sus protocolos son coincidentes con los utilizados por las distintas agencias nacionales de cada uno de los países miembros. Los medicamentos allí registrados tienen validez de uso en cualquiera de los países de la Unión y en consecuencia cualquier medicamento registrado en una agencia de un país europeo también podrá obtener el registro en el EMAS y por la consiguiente autorización de uso en toda Europa.

El origen del plasma no modifica la autorización del medicamento. Esta se obtiene a partir de complejos parámetros de calidad y control que no son alterados por el lugar de obtención de la materia prima. A este respecto solo podría indicarse la diferencia entre la obtención del plasma por altruismo o mediante pago no obstante, en Europa no se remuneran las donaciones de sangre.

Solo si se accede a plasma nacional a través de la entrega voluntaria de los centros receptores de donaciones de sangre españoles podrá elaborarse un hemoderivado con plasma nacional.

Por último, la salida de plasma del país está sujeta a una mera autorización de la AEMPS, que exigirá unos requisitos de conservación en el transporte y determinará la trazabilidad del compuesto. Es más, no considera un hecho determinante el lugar donde radique el laboratorio o planta fraccionadora, siempre que sea dentro de la Unión Europea.

Una vez aclarados estos puntos procedemos al análisis de cada uno de los motivos que fundamentan el recurso especial en materia de contratación interpuesto que se basa en múltiples aspectos y en aras de una mayor claridad expositiva se subdividirán en apartados.

5.1.- Manifiesta el recurrente que con fecha 6 de noviembre solicitó diversas aclaraciones a los pliegos de condiciones. Dichas aclaraciones fueron contestadas y notificadas mediante correo electrónico el día 14 de noviembre, fecha en la que concluía el plazo de licitación. A este respecto considera que se ha infringido el artículo 138 de la LCSP y la cláusula 9 del PCAP, toda vez que dichas aclaraciones deben ser resueltas por los órganos de contratación con antelación mínima de seis días a la fecha de finalización del plazo de licitación y además deben ser publicadas en el perfil de contratante a fin de que sean conocidas por todos los potenciales licitadores.

En consecuencia solicita sean publicadas dichas aclaraciones y ampliado el plazo de licitación de conformidad con lo establecido en el artículo 136 de la LCSP.

El órgano de contratación a este respecto no justifica su actuación limitándose a reiterar que las aclaraciones fueron contestadas y notificadas a la recurrente el día 14 de noviembre.

Es meridianamente claro el textual del artículo 138 de la LCSP que en su apartado tercero establece: *“3. Los órganos de contratación proporcionarán a todos los interesados en el procedimiento de licitación, a más tardar 6 días antes de que finalice el plazo fijado para la presentación de ofertas, aquella información adicional sobre los pliegos y demás documentación complementaria que estos soliciten, a condición de que la hubieren pedido al menos 12 días antes del transcurso del plazo de presentación de las proposiciones o de las solicitudes de participación, salvo que en los pliegos que rigen la licitación se estableciera otro plazo distinto. En los expedientes que hayan sido calificados de urgentes, el plazo de seis días a más tardar antes de que finalice el plazo fijado para la presentación de ofertas será de 4 días a más tardar antes de que finalice el citado plazo en los contratos de obras, suministros y servicios sujetos a regulación armonizada siempre que se adjudiquen por procedimientos abierto y restringido.*

En los casos en que lo solicitado sean aclaraciones a lo establecido en los pliegos o resto de documentación y así lo establezca el pliego de cláusulas administrativas particulares, las respuestas tendrán carácter vinculante y, en este caso, deberán hacerse públicas en el correspondiente perfil de contratante en términos que garanticen la igualdad y concurrencia en el procedimiento de licitación”.

Comprobado por este Tribunal que las aclaraciones efectuadas no fueron publicadas en el perfil de contratante, se estima el recurso en base a este motivo.

5.2 No división en lotes del contrato. El artículo 99 de la LCSP considera como regla general la división del contrato en lotes, siendo el motivo de este principio transversal de la contratación posibilitar la entrada en las licitaciones públicas de un mayor número de empresas. Establece un límite a esta división y es la posible vulneración de la competencia, cuestión inoperante en este caso, o bien la complejidad técnica.

Se ha de destacar que en ninguno de los informes preparatorios del expediente de licitación justifican la división o no división del contrato en lotes, por lo que el órgano

de contratación debe completar el expediente y modificar el PACP si procede con la correspondiente división en lotes, que no en número de ordenes como contempla el actual.

La no división en lotes del contrato, solo se justifica en las aclaraciones al recurrente, en el que se precisa que la división en lotes conllevaría la división del plasma, para que cada licitador fraccionara el hemoderivado que tiene adjudicado, desperdiándose en consecuencia el resto del plasma. Hemos de considerar que es un motivo técnico suficiente para justificar la unidad del contrato, pero esta justificación debe constar en el expediente de contratación, no en unas aclaraciones a requerimiento de un potencial licitador y que solo a él se le han notificado, tal y como establece el artículo 99.3 de la LCSP.

5.3. Considera el recurrente que la tipificación de este contrato como de suministros no es correcta, al incluir una serie de actividades adicionales que le pueden transformar en un contrato de servicios.

Es especialmente relevante esta apreciación del recurrente, así como la contestación del órgano de contratación que se basa en el informe jurídico efectuado por letrado de la Consejería de Sanidad como documento preparatorio de la licitación.

Dicho informe parte de la premisa de que el objeto consiste en la compra de productos hemoderivados, que no dejan de ser medicamentos. Estos fármacos serán preparados de conformidad con las instrucciones que el órgano de contratación manifieste, refiriéndose en concreto al apartado c) del artículo 16 de la LCSP que establece como *“suministro los de fabricación, por los que la cosa o cosas que hayan de ser entregadas por el empresario deban ser elaboradas con arreglo a características peculiares fijadas por la entidad contratante, aun cuando esta se obligue a aportar total o parcialmente los materiales precisos”*.

Bien es cierto que junto con la compra de medicamentos se establecen unas obligaciones tales como la recogida del plasma, su custodia etc., que no son más que servicios complementarios, por lo que en base a todo ello podemos confirmar que este es un contrato mixto en el que la parte correspondiente al suministro es muy superior al resto de servicios, por lo que se tratará como tal de conformidad con el artículo 18.1 de la LCSP y por ello consideramos que este contrato está perfectamente calificado.

5.4. Considera el recurrente que la habilitación profesional exigida es restrictiva de la competencia. Manifiesta que el pliego de condiciones indica que la empresa adjudicataria deberá disponer de una planta de fraccionamiento debidamente autorizada y tener inscritos en el Registro de Medicamentos de la Agencia Española de Medicamentos y Productos Sanitarios (en adelante, AEMPS), los formatos que oferten que procederán de plasma nacional.

Indica que a través de las aclaraciones solicitadas, el órgano de contratación reitera la necesidad de que la planta de fraccionamiento deberá estar también registrada en la AEMPS.

Alega que su planta está registrada en la EMA que es la encargada de registrar los productos mediante un procedimiento europeo centralizado, válido para todos los países de la Unión, por lo que considera este requisito como innecesario y vulnerador del principio de igualdad entre los licitadores, así como de libre circulación de bienes y persona, principios básicos ambos del ordenamiento jurídico europeo.

Indica así mismo que la respuesta obtenida del órgano de contratación ante la aclaración de este punto fue que: *“en enero de 2019, la AEMPS nos informa que actualmente existen dos laboratorios autorizados para fabricar medicamentos hemoderivados a partir de plasma nacional; motivo por el cual se establece que este procedimiento de compra sea un contrato de suministro mediante procedimiento abierto a diferencia de los anteriores contratos que han sido procedimientos negociados por exclusividad.*

En previas ocasiones la AEMPS nos ha comunicado que a pesar de que una empresa adjudicataria haya obtenido autorización de la EMA para incorporar plasma procedente de un centro de transfusiones nacional, dicha autorización viene condicionada a la consecución del permiso de exportación del plasma por la AEMPS.

En base a ello, consideramos necesario la autorización de la EMPS de tener una planta de fraccionamiento industrial de plasma”.

Considera que dicha contestación carece de justificación en su plasmación y es desproporcionada por ser el propio SERMAS el que cae en la incongruencia en su justificación, pues menciona que la AEMPS remite a la necesaria posesión de permiso de exportación del plasma y de ahí se concluye la innecesidad de contar con una planta de fraccionamiento industrial de plasma en España. Lo cual a sensu contrario no obra relacionado causalmente ni explicado ni motivado con relación a las necesidades que justifican la puesta en marcha de la licitación.

Añade que esta restricción se continúa con el siguiente requisito del apartado 5 de la cláusula 1 del PCAP cuando solicita la autorización y registro en la AEMPS de los preparados requeridos en este contrato añadiendo que su composición debe intervenir plasma humano nacional.

Manifiesta el recurrente que la AEMPS, no distingue si el medicamento ha sido elaborado con plasma nacional o extranjero, en su información pública.

Este Tribunal en cuanto al registro de los medicamentos en la AEMPS o en la EMAS, invoca lo expresado al respecto en la página 5 de esta Resolución.

En cuanto a la obligatoriedad de que la planta fraccionadora se encuentre en territorio nacional, debemos invocar la Sentencia del TJUE del Asunto C-158/03 que dispone en su párrafo 35, que: *“procede recordar, como han hecho las partes, que, según una jurisprudencia reiterada, las medidas nacionales que puedan obstaculizar o hacer menos atractivo el ejercicio de las libertades fundamentales garantizadas por*

el Tratado deben reunir cuatro requisitos para atenerse a los artículos 43 CE y 49 CE: que se apliquen de manera no discriminatoria, que estén justificadas por razones imperiosas de interés general, que sean adecuadas para garantizar la realización del objetivo que persiguen y que no vayan más allá de lo necesario para alcanzar dicho objetivo (véanse las sentencias de 31 de marzo de 1993, Kraus, C19/92, Rec. p. I-1663, apartado 32; Gebhard, antes citada, apartado 37, y de 6 de noviembre de 2003, Gambelli y otros, C243/01, Rec. p. I-13031, apartados 64 y 65).”

Así mismo el Tribunal Central de Recursos Contractuales en su reciente Resolución 406/2019, de 17 de abril establece: *“Como es doctrina reiterada de este Tribunal y del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, se ha de ser especialmente vigilante a cualquier restricción a la libre competencia fundada directa o indirectamente en el denominado arraigo territorial, debiendo considerarse nulas aquellas previsiones de los pliegos que puedan impedir la participación en las licitaciones o la obtención de ventajas injustificadas en la valoración de las ofertas, si estas circunstancias se fundan únicamente en razones de arraigo territorial. Por tal motivo, son discriminatorias las condiciones de arraigo territorial cuando se configuran como requisitos de solvencia o como criterios de adjudicación, admitiéndose, por el contrario, cuando se exigen como un compromiso de adscripción de medios al adjudicatario o como condiciones de ejecución siempre que, en este supuesto, respeten el principio de proporcionalidad y guarden relación con el objeto del contrato.*

En este sentido, podemos recordar lo que expusimos al respecto en la Resolución nº 328/2018, de 6 de abril: “«Y en la Resolución 1103/2015, de 30 de noviembre, se indicó lo siguiente: “En la Resolución 101/2013, de 6 de marzo, con cita de la Resolución 29/2011, de 9 de febrero y del Informe 9/2009, de 31 de marzo, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa, se indicaba que ‘el origen, domicilio social o cualquier otro indicio del arraigo territorial de una empresa no puede ser considerado como condición de aptitud para contratar con el sector público’. En el mismo sentido, la ‘Guía sobre contratación pública y competencia’ de la Comisión Nacional de la Competencia recoge la prohibición de exigir como criterio de solvencia la ubicación de instalaciones de los posibles adjudicatarios en el territorio en el que se tenga que

ejecutar el contrato, por ser una previsión contraria a la competencia y al principio de no discriminación e igualdad de trato. En otras ocasiones, este Tribunal ha manifestado un criterio contrario a que las condiciones de arraigo territorial sean tenidas en cuenta como criterios de adjudicación de los contratos administrativos (Resolución 29/2011, de 9 de febrero). En definitiva, y tal y como se concluye en el informe de la JCCA 9/09, antes citado: ‘el origen, domicilio social o cualquier otro indicio de arraigo territorial de una empresa no puede ser considerado como condición de aptitud para contratar con el sector público’, circunstancias que ‘igualmente no pueden ser utilizadas como criterio de valoración’. Ocurre que en el presente caso la Administración contratante establece en el PCAP una condición de arraigo territorial (la exigencia de contar con una oficina permanente abierta en Madrid), que no opera ni como criterio de admisión ni como criterio de valoración, sino como compromiso de adscripción de medios (artículo 64.2 de TRLCSP), cuya admisión no cabe descartar a priori, siempre que su establecimiento no sea contrario a los principios de concurrencia e igualdad requeridos en el ámbito de la contratación pública ni resulte contrario al principio de proporcionalidad.”

Por todo ello se considera que la habilitación profesional requerida y reafirmada en trámite de aclaraciones al PCAP así como obligación de que la planta fraccionadora se encuentre en territorio nacional son obligaciones restrictivas de la competencia y de la igualdad de trato entre licitadores, convirtiéndose en requisitos colusorios de la competencia, que además se agravan al favorecer al anterior adjudicatario del contrato.

Por todo ello se estima el recurso en base a los dos motivos expuestos y en consecuencia procede la anulación de los pliegos de condiciones.

5.5 Solvencia técnica requerida. El PCAP requiere como forma de acreditar la solvencia técnica diversas relaciones y certificados de suministros similares al objeto del contrato.

Si bien inicialmente parece pertinente el requisito, del recurrente incide en que solo está habilitada para producir hemoderivados cuyo origen sea de plasma nacional una empresa, por lo que vuelve el órgano de contratación a restringir la competencia vía acreditación de la solvencia.

Dese aquí por reproducido lo manifestado en el punto anterior y entiéndase que la relación de suministros se extenderá a todos aquellos hemoderivados fabricados a partir de plasma cuyo origen sea la Unión Europea.

Por lo cual se estima el recurso en base a este motivo.

5.6 Del criterio de adjudicación basado en rentabilidad. El recurrente destaca la utilización de un solo criterio de valoración relacionado con el coste. Criterio que se basa en el precio unitario por litro de producto y rendimiento mínimo garantizado, de tal forma que la oferta económica se expresará por el ahorro que suponga a la Comunidad de Madrid la oferta, pero añade que si algún licitador no se presenta a un número de orden el ahorro será cero. Además, se restará el precio de adquisición en el mercado del hemoderivado - que ya no será de origen nacional obligatoriamente -, del ahorro en el resto de los números de orden.

A juicio del recurrente coinciden varias cuestiones, primera, ahora si puede dividirse el contrato en lotes, no es preceptivo e invalidante de la oferta no presentar propuesta a todos los números de orden, tal y como se recoge en el apartado 1 de la cláusula 1 del PCAP y segunda el considerar que no ofertar a un lote el ahorro es cero obliga a incrementar el ahorro en el resto de compuesto, salvo en el caso de la hasta ahora adjudicataria que es la única que produce el compuesto Alfa-1-Antitripina y por lo cual recibe un trato de privilegio en esta contratación.

El órgano de contratación vuelve a insistir en los argumentos expuestos en relación con la procedencia de no dividir el contrato en lotes, considera que la fórmula del ahorro es la más adecuada para lograr la mayor rentabilidad y que se puede acudir

a un solo criterios de valoración relacionado con el coste, como es el ahorro, al estar perfectamente definido el suministro en el PTPP.

En relación con la existencia de un único criterio de valoración el artículo 145.3 apartado f establece que “en aquellos contratos de suministros en los que los productos a adquirir estén perfectamente definidos (...), siendo por consiguiente el precio el único factor determinante de la adjudicación” podrán ser excluidos de la regla general de utilización de una pluralidad de criterios de valoración. Por lo tanto, en este caso, la determinación del criterio de valoración es válida

El PCAP no incurre en incongruencia al permitir vía oferta económica la posibilidad de no ofertar a un número de orden concreto y admitir en ese caso la posibilidad de comprar por sí mismo dicho hemoderivado sin ser ya indispensable que el plasma con el que se produzca sea nacional ni que la oferta deba alcanzar a todos los números de orden tal y como establece el apartado 1 de la cláusula 1 del PCAP especialmente destacado, toda vez que en la definición del objeto de contrato lo que se solicita “*es la obligación de presentarse con todas las presentaciones (...)*”. Por lo tanto, no exige presentarse a todos los números de orden.

Ahora bien, el tratamiento que se hace de la oferta económica en aquel número de orden que no se efectúe propuesta, pone en posición de clara ventaja al único licitador que en Europa tiene registrados todos los hemoderivados requeridos, por lo que podría considerarse una práctica colusoria de la competencia.

Por todo ello se estima parcialmente este motivo de recurso en cuanto a la consideración en la calificación del criterio económico del número de orden que no se proponga.

5.7.- El recurrente manifiesta, en relación con los servicios complementarios, que estos no forman parte del precio, tiene carácter oneroso y ni siquiera están perfectamente delimitados creando incertidumbre sobre el alcance de la ejecución del

contrato. Concretamente, en relación a los rendimientos, lugares de recogida y plazos, presentaciones de los medicamentos y custodia de plasma. Considerando que se establecen obligaciones exorbitantes para la empresa adjudicataria.

Se refiere concretamente al volumen de plasma 90.000 litros que no se corresponde con las memorias de 2016 y 2017 al respecto que marcan el volumen de plasma tratado en poco más de 50.000 litros, considerando de esta forma que es muy difícil plantear un estudio de costes. A mayor abundamiento la diferencia entre el número de salidas para recoger plasma en el centro de transfusiones de la Comunidad de Madrid (dos por semana) frente a las 6 al año del Hospital Gómez Ulla, no concuerdan con los datos de donaciones aportados.

Invoca distintas resoluciones de Tribunales de Recursos que avalan la necesidad de que las condiciones de ejecución de los contratos estén perfectamente definidas. Considera que la falta de información y certidumbre sobre la ejecución del contrato favorece al anterior adjudicatario en contra de los potenciales licitadores que ante el desconocimiento de diversos datos, se ven privados de ofrecer un estudio de costes real del contrato.

En relación con las prestaciones complementarias, el SERMAS considera que la recogida del plasma en los centros ya designados, en unas cantidades mínimas y en unos plazos determinados según su experiencia, no constituye ni onerosidad ni incertidumbre.

Alega en su defensa que ofrece información sobre los litros de plasma que se estima obtener a través de las donaciones, dando una cifra global de 90.000 litros, para que no vuelva a suceder que el contrato quede cumplido en número de litros sin terminar su duración.

Indica también que el rendimiento mínimo requerido en el PCAP a la empresa adjudicataria viene a garantizar un desperdicio mínimo de plasma, aun admitiendo que este rendimiento por su propia naturaleza es variable.

En cuanto a la solicitud de las presentaciones de los medicamentos, considera que estas estarán en función de las necesidades. Añade que el criterio seleccionado para el pago del suministro es un precio por litro de plasma fraccionado, por lo que conocer las formas de presentación no será un dato relevante sobre todo cuando ya se ha informado que para alguno de los productos solo hay una presentación.

Por último y en cuanto a la custodia del plasma considera que es intrínseco al objeto del contrato.

Ante las alegaciones manifestadas por ambas partes debemos indicar en primer lugar que el artículo 126 de la LCSP establece que (en referencia al 13 y 124): “las prescripciones técnicas proporcionarán a los empresarios acceso en condiciones de igualdad al procedimiento de contratación y no tendrán por efecto la creación de obstáculos injustificados a la apertura de la contratación pública a la competencia”. En este sentido invocamos la Resolución de este Tribunal 41/2019 de 30 de enero.

Las múltiples aclaraciones solicitadas por la recurrente al órgano de contratación constatan que las prescripciones técnicas y administrativas adolecen de suficiente claridad y extensión, por lo que deberán ser modificadas en aras a su mejor comprensión por cualquier potencial licitador.

Es necesario advertir a este respecto que el objeto del contrato debe estar perfectamente definido, así como su alcance. Concretamente encontramos una previsión de entrega de plasma de 90.000 litros al año sin embargo el recurrente a través de las memorias del entro de Transfusiones de la Comunidad de Madrid ha podido comprobar que en los años 2017 y 2018 el volumen ha sido de aproximadamente 50.000 litros años. Ante esta realidad el órgano de contratación

considera que establecer un margen importante de volumen a tratar garantiza que el contrato no se consumirá antes de su finalización.

Es importante destacar qué si el número de litros de plasma ronda los 60.000, no deben estimarse 90.000 litros por varias razones, la primera por que los costes podrían verse incrementados sin necesidad y en segundo lugar porque la reducción de litros daría lugar a una modificación del contrato a la baja con las limitaciones que este instituto conlleva. Lo procedente es contratar el volumen que efectivamente se espera, salvaguardando la posible variación mediante la modificación del contrato prevista en pliegos de conformidad con el artículo 204.1 de la LCSP.

En cuanto a la posible onerosidad de los servicios complementarios al suministro principal y la ausencia de un adecuado desglose del presupuesto base de licitación, el artículo 102.3 de la LCSP exige que el precio del contrato sea acorde a las contraprestaciones exigidas y al precio de mercado, asimismo impone la obligación de desglosar dicho presupuesto en gastos directos e indirectos, con especial referencia a los convenios colectivos del personal que haya de ejecutar el contrato.

El desglose del presupuesto y su adecuación a mercado son exigencias esenciales de la contratación. En el caso que nos ocupa ni en el expediente de preparación de la licitación, ni en el PCAP ni en el PPT o documento anexo aparece el cumplimiento de este requisito legal.

Ese desglose del presupuesto, fundamenta el precio del contrato, protege a los trabajadores que lo ejecutarán y será una pieza de vital importancia a la hora de admitir un informe de viabilidad de una oferta que se considere temeraria.

Ahora bien, si este requisito es indispensable en los contratos de obras y de servicios, esta rigurosidad se torna más benevolente cuando se trata de un suministro, así se ha manifestado este Tribunal en distintas ocasiones valga por todas ellas la Resolución 51/2019 de 6 de febrero de este Tribunal, por ser muy difícil poder

desglosar un presupuesto basado en un sistema de producción de suministros, a diferencia de las obras, que conllevan un presupuesto desglosado como parte de un proyecto o de los servicios en los que la mano de obra es primordial y debe justificarse a efectos de asegurar el cumplimiento de los convenios colectivos.

Por todo lo expuesto es preciso que los nuevos pliegos de condiciones deberán de extremar la definición y detalle del suministro y servicios complementarios de forma tal que cualquier potencial licitador pueda tener una visión clara y fidedigna del alcance del contrato y utilizar las modificaciones previstas en los pliegos de considerarlo necesario.

En conclusión, a la vista de las numerosas irregularidades que presenta el PCAP y el PPTP en su redacción, a la ausencia de documentos esenciales en el expediente, a la deficiente solicitud de habilitación profesional, al arraigo territorial de las instalaciones, a la desproporcionada solvencia técnica requerida, a la inexacta determinación del volumen de ejecución del contrato, a las imprecisiones en cuanto a los servicios complementarios del suministro y sus costes y al establecimiento de requisitos no esenciales que solo pueden ser cumplidos por el que ha sido adjudicatario en los últimos siete años, procede anular los pliegos de condiciones, redactando unos nuevos en el caso de que persista la necesidad de la contratación.

En su virtud, previa deliberación, por unanimidad, y al amparo de lo establecido en el artículo 46.1 de la LCSP y el artículo 3.5 de la Ley 9/2010, de 23 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y Racionalización del Sector Público, el Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid:

ACUERDA

Primero.- Estimar parcialmente el recurso especial en materia de contratación interpuesto por representación de CSL Behring, contra el anuncio de licitación y los

pliegos de condiciones que regirán la adjudicación del contrato de suministro de “productos hemoderivados de uso terapéutico procedentes del fraccionamiento industrial del plasma proveniente del Servicio Madrileño de Salud”, número de expediente A/SUM-012559/2019, anulando los pliegos de condiciones aprobados.

Segundo.- Declarar que no se aprecia la concurrencia de mala fe o temeridad en la interposición del recurso por lo que no procede la imposición de la sanción prevista en el artículo 58 de la LCSP.

Tercero.- Dejar sin efecto la suspensión acordada por este Tribunal en fecha 25 de noviembre de 2019, de conformidad con el artículo 53 de la LCSP.

Cuarto.- Notificar este acuerdo a todos los interesados en este procedimiento.

Esta resolución es definitiva en la vía administrativa, será directamente ejecutiva y contra la misma cabe interponer recurso contencioso-administrativo ante el Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad de Madrid, en el plazo de dos meses, a contar desde el día siguiente a la recepción de esta notificación, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 10, letra k) y 46.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, todo ello de conformidad con el artículo 59 de la LCSP.